

判例研究

「おとり」を使った捜査の適法性

Legality of Criminal Investigation Involving “agent provocateur”

法科大学院教授 山本 和昭

最高裁平成16年7月12日第一小法廷決定（平成15年（あ）第1815号大麻取締法違反，出入国管理及び難民認定法違反被告事件，刑集58巻5号333頁，判例時報1869号133頁，判例タイムズ1162号137頁）

【参照条文】刑事訴訟法197条1項

事実

（１）被告人は，イラン・イスラム共和国の国籍を有する者であるが，我が国であへんの営利目的輸入や大麻の営利目的所持等の罪により懲役6年に処せられ，服役後強制退去させられ，イランに帰国したものの，平成11年12月30日，偽造パスポートを用いて我が国に不法入国した。

（２）捜査協力者は，刑務所で服役中に被告人と知り合った者であるが，自分の弟が被告人の依頼に基づき大麻樹脂を運搬したことによりタイ王国で検挙されたことから，被告人に恨みを抱くようになり，近畿地区麻薬取締官事務所に対し，被告人が日本に薬物を持ち込んだ際は逮捕するように求めた。

（３）被告人は，平成12年2月26日ころ，捜査協力者に大麻樹脂の買手を紹介してくれるよう電話で依頼したところ，捜査協力者は，大阪であれば紹介できると答えた。2月28日，麻薬取締官事務所にその内容を連絡した。同事務所では，捜査協力者の情報によっても，被告人の住居や立ち回り先，大麻樹脂の隠匿場所等を把握することができず，他の捜査手法によって証拠を収集し，被告人を検挙することが困難であったことから，おとり捜査を行うことを決めた。

（４）2月29日，麻薬取締官と捜査協力者として打ち合わせを行った後，3月1日，捜査協力者は，新大阪駅付近のホテルの一室で，被告人に麻薬取締官を買手として紹介した。麻薬取締官は，被告人に何が売買できるかを尋ねたところ，被告人は，今日は持参していないが，東京にあれば大麻樹脂を売ることができると答えた。麻薬取締官は，自分が東京に出向くことは断り，被告人の方で大阪に持って来れば大麻樹脂2

kgを買い受ける意向を示した。そこで、被告人がいったん東京に戻って翌日に大麻樹脂を同ホテルに持参し、改めて取引を行うことになった、その際、麻薬取締官は、東京・大阪間の交通費の負担を申し出たが、被告人は、ビジネスであるから自分の負担で東京から持参すると答えた。

(5) 翌3月2日、被告人は、東京から大麻樹脂約2kgを運び役に持たせてこれを運び入れたところ、あらかじめ搜索差押許可状の発付を受けていた麻薬取締官の搜索を受け、現行犯逮捕された。

(6) 被告人は、上記ホテル室内における大麻樹脂の営利目的所持を内容とする大麻取締法違反等の罪で起訴されたが、弁護人は、本件では違法なおとり捜査が行われているから、これに基づく証拠は違法収集証拠として排除されるべきだと主張して争った。第一審の大阪地裁平成13年9月11日判決(刑集58巻5号340頁参照)は、「おとり捜査の適法性の判断については、犯意誘発型か機会提供型かを検討し、次に機会提供型であっても捜査機関側の働きかけが相当性を逸脱しているかどうかを検討し、機会提供型で働きかけが相当である場合におとり捜査の適法性が認められる」とする立場から、「本件で行われたおとり捜査は、機会提供型で捜査機関側の被告人に対する働きかけは相当と認められ、適法であったと認められる」とし、被告人を懲役6年及び罰金100万円に処した。これに対し、被告人が控訴申立てをしたところ、大阪高裁平成15年7月7日判決(前掲刑集351頁参照)は、「いわゆるおとり捜査の適否についてはおとり捜査によることの必要性和おとり捜査の態様の相当性を総合的に判断すべきものと解される」とした上で、本件は、おとり捜査による証拠収集の必要性が強く、また麻薬取締官が行った働きかけは、すでに犯意を有する被告人に実行の機会を与えたにすぎないのであって、おとり捜査の態様もまた相当なものといえるから、何ら違法な点はなく、その結果得られた大麻樹脂も、証拠能力に欠けるところはないとし、控訴を棄却した。

(7) これに対し、被告人側は、本件大麻樹脂の取引は麻薬取締官やその意を受けた捜査協力者から被告人に対し執拗に働きかけてきたもので、被告人は、大麻樹脂の取引にかかわりたくないと考えていたものの、捜査協力者から大麻樹脂を用意できなければ自分の立場が危ないと懇請され、その頼みをことわりきれずに大麻樹脂を調達したものであるとし、このようなおとり捜査は憲法13条および31条に違反するなど主張して上告の申立てをした。

決定要旨

上告棄却。最高裁第一小法廷は、上記の上告趣意について、原判決の認定に沿わない事実関係を前提とするものであるから、所論は前提を欠くとして斥けたが、職権で、おとり捜査の適否について、次のような判断を示した。

「おとり捜査は、捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が、その身分や意図を相手方に秘して犯罪を実行するように働き掛け、相手方がこれに応じて犯罪の実行に出たところで現行犯逮捕等により検挙するものであるが、少なくとも、直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査において、通常の捜査方法のみでは当該犯罪の摘発が困難である場合に、機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者を対象におとり捜査を行うことは、刑訴法197条1項に基づく任意捜査として許容されるものと解すべきである。

これを本件についてみると、上記のとおり、麻薬取締官において、捜査協力者からの情報によっても、被告人の住居や大麻樹脂の隠匿場所等を把握することができず、他の捜査方法によって証拠を収集し、被告人を検挙することが困難な状況にあり、一方、被告人は既に大麻樹脂の有償譲渡を企画して買手を求めていたのであるから、麻薬取締官が、取引の場所を準備し、被告人に対し大麻樹脂2kgを買い受ける意向を示し、被告人が取引の場到大麻樹脂を持参するように仕向けたとしても、おとり捜査として適法というべきである。したがって、本件の捜査を通じて収集された大麻樹脂を始めとする各証拠の証拠能力を肯定した原判決は、正当として是認できる。」

研究

I はじめに

本決定は、「おとり」(agent provocateur)を使った捜査の適法性について、最高裁が正面から判断を示した初めての例である。

おとり捜査について、本決定は、「捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が、その身分や意図を秘して犯罪を実行するように働き掛け、相手方がこれに応じて犯罪の実行に出たところで現行犯逮捕等により検挙するもの」と定義づけている。

【設例1】仮睡者を狙った窃盗事犯が多発したため、警察官が仮睡者を装って横臥していたところ、そのポケットから財布を抜き取った仮睡者を逮捕した。この場合、窃盗の実行を働きかけたとはいえないから、おとり捜査とはいえない。しかし、

任意捜査の一態様としておとり捜査と同様の問題点を含むので、同種の検討が必要となる。

【設例2】多数の窃盗事件が同一犯人による犯行と目すべき事情があったところ、犯人と被疑者を結びつける有効適切な証拠収集方法が他に見あたらなかったため、警察官が靴店の協力を得て密かに靴底裏面に切り傷をつけた靴を被疑者に販売させ、窃盗の犯行現場に残された足跡から犯人と割り出した。この場合も、窃盗の実行を働きかけたものではないのでおとり捜査の範疇には入らないが、証拠収集の段階における詐術的捜査の適法性を考える上でおとり捜査と同種の検討を要する。

おとり捜査については、刑法の分野でも、アジャンプロヴォカトールないし未遂の教唆の問題として、教唆犯の故意に本犯行為による結果惹起まで認識・認容している必要があるか否かについて激しい学説上の争いのあるところであり、また、違法なおとり捜査がなされたとき、被誘惑者の処罰の問題として捉えるか、それとも公訴権行使あるいは証拠能力の問題として捉えるかなど、実体法と手続法の交錯する場面における法的論点を含んでいる。以下、おとり捜査の適法・違法の限界および違法なおとり捜査の法的効果など訴訟法上の問題を中心に本決定の基本的事項を検討していきたい。

Ⅱ 判例の系譜

1 リーディングケース

リーディングケースである最高裁昭和28年3月5日決定（刑集7巻3号482頁）は、いわゆる機会提供型について「他人の誘惑により犯意を生じ又はこれを強化された者が犯罪の実行をした場合に、わが刑事法上その誘惑者が場合によっては麻薬取締法53条のごとき規定の有無にかかわらず教唆犯又は従犯として責を負うことのあるのは格別、その他人である誘惑者が一私人ではなく、捜査機関であるとの一事を以てその犯罪実行者の犯罪構成要件該当性又は責任性若しくは違法性を阻却し又は公訴提起の手續規定に違反し若しくは公訴権を消滅せしめるものとするのでできないこと多言を要しない」と判示し、無罪や公訴棄却・免訴にならないとした。

2 もう一つの最高裁判例

最高裁昭和29年11月5日判決（刑集8巻11号1715頁）は、犯意誘発型の事案について、これを無罪とした1審判決および控訴審判決を破棄し、「いわゆる囹捜査は、これによって犯意を誘発された者の犯罪構成要件該当性、責任性若しくは違法性を

阻却するものでないことは、既に当裁判所の判例とするところである」とし、おとり捜査により犯人に新たに犯意を引き起こさせた場合であっても無罪にはならないことを明示した。

以上の最高裁2判例は、おとり捜査の効果として、被告人が無罪、公訴棄却、免訴とならないということを示したにすぎず、おとり側の視点にたった訴訟法的効果まで踏み込んで判断したものではなく、それが訴訟法上、常に適法であることまで示したものではなかった。しかし、おとりの行為が「教唆犯又は従犯として」刑法上違法と評価される場合があることを示していることから、それが訴訟法上も違法と評価され、訴訟法上の効果をもたらす可能性があることを示唆するものであったといえようか。

3 大野・尾崎両裁判官の意見

最高裁平成8年10月18日決定（判例集未登載 平成7年（あ）第548号）では、原審における事実認定でおとり捜査があったとはにわかには認めがたいところがあるとした事案において、多数意見は適法な上告理由に当たらないとして上告を棄却したが、大野正男、尾崎行信両裁判官は、反対意見の中で、「人を犯罪に誘い込んだおとり捜査は、正義の実現を指向する司法の廉潔性に反するものとして、特別の必要性がない限り許されない。・・・そして、その必要性については、具体的事件の捜査のために必要か否かを検討すべきであって、・・・ある特定の犯罪類型について一般にその捜査が困難であることを理由としてその必要性を判断すべきではない」とおとり捜査一般を原則的に違法とし、適法といえるためには「特別の必要性」を要求する考え方を示した。この考え方は、おとり捜査の適否を判断する上で先駆的役割を演じているといつてよい。

4 下級審の諸裁判例

アメリカ合衆国では、後述するように、わなの抗弁（the defense of entrapment）が認められている。「わなの抗弁」は、立法者は捜査官によって誘発された犯罪の処罰を予定していないとして、犯罪が捜査官によって誘発されたものであり、かつ、被告人には訴追されている種類の犯罪に関与する事前の心理的傾斜（predisposition）が認められなかった場合は、無罪とするものである。この影響を受けて、我が国の下級審ではアメリカのわなの抗弁の考え方に準じ、機会提供型は違法ではないが、犯意誘発型は違法であるとする二分説をとるものがみられるよう

になった。例えば、東京高裁昭和57年10月15日判決（判時1095号155頁）は、「被告人は、・・・以前から覚せい剤を密売のため所持することを反復的、継続的に行っていたと推認され、今回の場合もAの譲り受けの申し込みは、覚せい剤の犯意のなかった者にその犯意を誘発させたというのではなくかねてからよい客があれば覚せい剤を売ろうとして所持の犯意を有していた者に、その現実化及び対外行動化の機会を与えたに過ぎない」とし、「公訴提起手続を無効にするほど、適正手続等の条項に違反した、違法ないし著しく不当な捜査方法であったとは認められない。」と判示した。ほかに、東京高判昭和62年12月16日判決（判タ667号269頁）、横浜地判昭和62年4月27日判決（判タ640号232頁）などがある。

5 本決定の意義

このような状況の下にあって、今回の最高裁判決が、おとり捜査の訴訟法上の許容性について、その適法性判断に一定の指針を与えた意義は小さくないといえよう。

Ⅲ おとり捜査の位置づけ

1 任意捜査の一態様

本決定は、一定の場合のおとり捜査について、刑事訴訟法197条1項の任意捜査として許容されるものと判断した。

強制処分とは、最高裁の示した定義によれば、「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段」（最高裁昭和51・3・16第三小法廷決定・刑集30巻2号187頁）であり、おとり捜査はこれに当たらないから、任意捜査の一種である。

おとり捜査の弊害とされるところをみると、次のような諸説が主張されている。

A説 おとりを用いて相手を誘い寄せ、犯罪行為に陥れるのであるから、公正さに欠けるという見解（松尾浩也・刑事訴訟法（上）〈新版〉1999 197頁）

B説 本来国家が刑事実体法により保護すべき法益侵害の危険をみずから惹起しないし創出することにあるとする見解（酒巻匡「おとり捜査」法学教室260号106頁、佐藤隆之「おとり捜査」判例百選〈第7版〉27頁）

C説 人格的自律権、個人の尊厳に対する侵害にあるとする見解（三井誠・「刑事手続法（1）」〈新版〉1997 89頁）

A説およびB説は、おとりないし捜査対象者に対する直接的な権利・制約を問題とするものではない。また、C説の考え方は、強制手段が用いられない限り相手方の意思の自由は残ると考えられるから、意思を制圧するとはいえない。いずれの見解によっても、おとり捜査を強制処分のカテゴリーで捉えることはできない。したがって、おとり捜査を任意捜査の範疇で捉えた最高裁の行き方は正しい。

2 将来の犯罪に対する捜査

本決定は、おとり捜査を「捜査」と位置づけ、刑事訴訟法197条1項にその根拠を求めている。

司法警察活動である捜査は、既に発生した犯罪に向けられたものでなければならぬとする、将来発生が見込まれる犯罪に向けられたおとり捜査は、本来の意味での捜査とはいえず、その根拠を刑事訴訟法197条1項に求めることはできないのではないかという疑問がある。そこで、既に犯罪が行われている場合であって、当該犯罪に関し、犯人検挙の端緒を得るためにおとり捜査を行う場合に限り、これを適法とする考え方が主張される（三井・前掲89頁）。

しかし、司法警察活動と行政警察活動との区別は犯罪の摘発・解明・訴追・処罰と犯罪の予防・鎮圧という目的の違いであって、犯罪発生の前後と結びつく必然性はない。前者の目的に立った活動である限り、将来の犯罪についても、刑事訴訟法197条1項本文の任意捜査を行うことになんら妨げはない（酒巻・前掲法学教室103頁）。

三井説は、従来の考え方に準拠し、現に薬物所持の嫌疑がある被疑者について、おとりが薬物購入の申し込みを行い、被疑者が持参したところを検挙するという方法をとるのは、既に発生している所持事犯の捜査の一環と捉えることができる（三井・前掲90頁）とするが、本件事例のようにいまだ被疑者が薬物を所持していない段階では（他から容易に入手し得るというに過ぎない）、既に発生している犯罪とはいえず、理論構成に無理がある。

また、おとり捜査が行われる場合、既に行われた犯罪の嫌疑が全く存在しないような事態は考え難いから、その犯罪捜査と併行してこれから行われる犯罪への対応を見込んでいたとしても、そのことから直ちに違法な捜査だとはいえないとする考え方もある（後記池田修・40頁）。この説に対しても、同様の批判ができる。本決定は、「機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者」というのみで、現に犯罪を行っている嫌疑までは要求していない。また、「犯罪を行う意思があると疑わ

れる」のは、既に行われた同種犯罪が存在することを根拠とすることが多いであろうが、常にそうだとはいえないからである。

おとりをかけようとする者に犯罪を実行させて検挙しようとするところにおとり捜査の本質があり、三井説・池田説の考え方は、この本質を捉えていないといわなければならない。

また、すりなどの窃盗犯の検挙に当たっては、犯罪発生を予測して尾行や張込み等を行い、狙いをつけた者が犯行に及んだところを検挙することなどは、捜査実務において通常行われているところである。

Ⅳ おとり捜査の適法性判断

1 アメリカ法の「わなの抗弁」について

犯意誘発型と機会提供型との区別は、アメリカ法に由来するものであるから、同国の状況を一瞥しておこう。アメリカでは、対象者を処罰すべきか否かという実体法による解決の途をとっている点で特色があるが、我が刑法上の問題を考える上でも参考になる部分がある。

「わな」は、比較的近時に至って発展した抗弁とされているが、今日では、連邦および全ての州において何らかの形でこの抗弁を認めている。「わなの抗弁」については、憲法上の根拠があるわけではないので、抗弁を認めない立法もできるが、現在そのような州はない。また、どのような形で抗弁をみとめるかも、連邦なりそれぞれの州に任されている。そして、警察のおとりを用いた捜査行為に一定の制限が必要だという点で関係者の意見は一致している。しかし、どこで合法・非合法の線を引くかについては議論の分かれるところである（以下の叙述は、Daniel E. Hall, *Criminal Law and Procedure* 4th ed. 2004 p.240f.による）。

被告人が「わな」にはめられたか否かを判断するのに対象者の主観に基準を置く考え方と捜査機関側の行為の客観面に基準を置く考え方に分かれて二つのテスト方法が用いられている。第一は主観テスト（subjective test）であり、連邦および多くの州で用いられている。被告人がすでに罪を犯す意向ないし心理傾斜を有していた者(those who are predisposed to commit crime)であるか否かによって区別しようとする方法である。この考え方においては、被告人の被誘導時における精神状態が決定的意味をもつ。犯罪をなすべく準備をし、単に機会を待つだけの者は（only awaiting the opportunity）、すでに罪を犯す意向ないし心理傾斜を有していたといえる。すなわち、おとりが被告人に対し単に犯罪の機会または便宜を与えたに過ぎ

ないときは「わな」を構成しない。「わな」は、犯罪行為が法執行機関の創造的活動の所産といえる場合にのみ認められる。「わな」が成立するか否かのラインは、軽率な無実者と軽率な犯罪者との間に引くべきであるとする (Sherman v. United States 356 US 369, 78 Ct.819, 2L.Ed.2d 848 (1958))。このアプローチにおいては、被告人の前科記録も関連性のある証拠となる。例えば、最近の薬物前科は、薬物売買に走る傾向の証拠になるとされている。

被告人が「わな」にはめられたか否かを判定する第2の方法は、客観テスト (objective test) である。模範刑法典は、このアプローチを採用し、少数の州でも客観テストを取り入れている。客観テストは、被告人の個別的な犯意に焦点を当てないで、警察行為が犯罪の用意のない者に罪を犯す実質的危険 (substantial risk) をもたらすかどうかを吟味すべきであるとする。

客観テストの立場では、被告人の現実の心理状態は問うところではない。したがって、被告人の前科記録も関連性がない。このアプローチにおいては、被告人が罪を犯す意向ないし心理傾斜を有していても、無罪放免になる場合がある。警察官がセックスのために、15万ドルを提供したが、売春婦は、そのとき50ドルで売春に応じる考えだったと仮定する。主観説に従えば、彼女は、すでに50ドルで売春に応じる考えだったが故に、有罪になるであろう。しかし、客観説に従えば、通常売春しない婦女も15万ドルで売春する気になり得る危険を生じさせたという理由でまさに「わな」にはまったといえる。

多くの州では、暴行とか殺人といった人身に対する罪については、「わなの抗弁」を認めない。模範刑法典も同様である。

2 ドイツにおけるおとり捜査

ドイツ連邦共和国においても、捜査協力者をおとり (Lockspitzel) としての活動させることが実務上日常行われている。特に、薬物犯罪やその他の組織犯罪の領域において、例えば売買の一方当事者として登場し、取引現場で売買当事者できればその背後者をも逮捕する手法として重要な役割を演じている。ドイツの判例は、このおとりを用いた捜査手法を許容できるものとし、犯罪行為に誘導した点は量刑に当たって考慮すべきものとの判断を示している (Gerd Pfeiffer, Strafprozessordnung Kommentar 5. Aufl. 2005 S. 77; Hans-Heiner Kühne, Strafprozessrecht 6. Aufl. 2003 S. 275; BVerfGE Bd. 57 S. 250 = NJW 1981 S. 1719; BVerfG NJW 1987 S. 1874; BGH NJW 1981 S. 1626; NJW 1984 S. 2300; NStZ 1995 S. 507)。

ドイツでは、1990年代からいわゆる組織的犯罪対策の一環として、組織内部に生活しつつ、秘密裏に警察に捜査協力する者を確保する方策が脚光を浴び、立法者も効果的かつ重要な手法として取り上げ、次の①について法的規定を定めるに至った。秘密協力者は、3つのカテゴリーに区別される。①秘密捜査官（Der verdeckte Ermittler, VE）は、刑事訴訟法110条a第2項の規定により任命された公務員であり、一定期間自己の経歴を秘して捜査活動を行う。1992年の組織犯罪法により刑事訴訟法110条aからeまでの規定が新設された。一定被疑者に向けられた配置(Einsatz)やその被疑者住居への立入りなどは、裁判官の許可、または緊急の場合は検察官の許可の下に実施される。そのための要件としては、薬物ないし銃器の密売、通貨ないし有価証券偽造、あるいは国家保護犯罪など一定の犯罪行為(Katalogtat)に係るものであり、かつ、VEの配置がなければ捜査が実質的に困難ということが求められる。VEが身許を偽ることは、各種公的な登録においても正当化される。②囑託捜査協力者（Die Vertrauensperson, VP）は、警察には所属せず、犯罪行為の解明のために側面から警察に協力し、支援する。③情報提供者(Informant)は、一定期間ではなくて個々の案件における協力者である。②および③については、法的規制がなく、警察官が脱法的に②のカテゴリーで活動を行い、刑事訴訟法110条a以下の制限を免れることが懸念されている。

おとりを配置することの合法性は、おとりの「犯罪誘発行為」が法治国家主義の範囲内であることを前提としている(BGH NStZ 1984 S.78)。おとりの行為が強烈で対象者の犯罪貢献が背後に退いてしまう程に重要度をもつに至れば、この範囲を超え、違法と認められる（Pfeiffer, op.cit.Supra S.78）。

3 おとり捜査の適法性（正当化）

任意捜査といっても、いかなる方法でも許容される訳ではなく、おとり捜査についても、捜査官側が何らかの詐術的手段を用いて犯罪を実行させようとするようになるので、その違法性の有無および効果が問題となるのである。最高裁は、前述の昭和51年の第三小法廷決定において、「何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるのであるから・・・必要性、緊急性などをも考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容される」との判断を示しているところ、本決定は、少なくとも①直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査において、②通常の捜査方法のみでは当該犯罪の摘発が困難である場合、③機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者を対象（機会提供型）に、任意捜査として行うことは許容さ

れるとした上で、上記①ないし③の事情に加えて捜査機関側の働きかけの態様にも言及しておとり捜査の適法性を認めているから、同じ判断の枠組みを使って適法性の有無を判断したものと理解すべきである。したがって、他の任意捜査一般と同様の枠組みにおいて、おとり捜査によることの必要性およびおとり捜査の態様の相当性の両面から制約を受ける。

ただ、おとり捜査は、犯意誘発型であれば教唆、機会提供型でも、教唆または幫助にあたる（犯意誘発型の場合だけおとりの教唆行為が問題となるのではない）。したがって、対象者に対し、教唆・幫助の行動にでる以上、おとりの行為も原則的に犯罪構成要件に該当する行為であり、その正当化事由がなければ、違法性を帯びる行為なのである。機会提供型だからといっても、構成要件に該当し、本来違法な行為なのである。もっとも、アジャンプロヴォカートルの場合、未遂の教唆の問題を含むが、麻薬の所持、売買などおとりにおいても未遂に終わらせる意思で行動に臨むことはないと思われるから、まさに教唆犯としての構成要件を充たすというべきであろう。また、手続法的にみても、捜査官において詐術的手段を用いて、対象者に犯罪を実行させて検挙・訴追しようというものであり、適正手続の保障や司法の廉潔性に反するのではないかとの問題点もある。前記Ⅱ 3の両裁判官のいうように、おとり捜査は原則違法なのである。

そこで、通常の任意捜査は原則適法、一定の限界をでたものは違法という構造で捜査の適法性を捉えるのに対し、おとり捜査では原則違法、必要性および相当性の一定の要件を備えたものが正当化事由の存在により適法となるという構造をとる。この点を踏まえた上で、通常の任意捜査の限界として要求されるのとは逆方向で必要性および相当性を判断しなければならない。

もとより、麻薬取締官自らが薬物捜査に関して薬物を譲り受けることについては、麻薬及び向精神薬取締法58条により、厚生労働大臣の許可を受けてなんびとからも麻薬を譲り受けることができるが、法令による行為として正当化される（銃砲刀剣類所持等取締法27条の3にも、警察官または海上保安官が公安委員会の許可を受けて拳銃等を譲り受ける行為を定めている。）

4 正当化の要件1・・・必要性

おとり捜査によることの必要性としては、対象とされる犯罪の種類・性質・捜査の困難性、対象者が犯罪に関与している疑いの有無・程度などが考慮される。

犯罪が重要なもので、社会に及ぼす害悪が大きく広汎であるほど、またその犯罪

が被害者がいないとか隠密裡に行われたなどにより、他の方法では証拠を収集することが困難であるほど、さらに、対象者の犯罪への関与の程度が深く、その嫌疑が強いほど、おとり捜査によることの必要性は強くなる。

逆に、犯罪が軽微なものであるほど、他の方法での摘発・捜査が容易であるほど、さらに、対象者の犯罪への関与の程度が浅く、その嫌疑が薄いほど必要性は低下する。

本件では、最高裁は、薬物捜査の特色を強調し、3の冒頭に揚げた①および②の要件をもっておとり捜査の必要性を肯定したものと解される。

5 正当化の要件2・・・相当性

おとり捜査の態様の相当性としては、おとりが対象者に働きかける態様・程度などが考慮される。対象者が既に犯意を有し、実行の機会を窺っていた際になどが考慮される。おとりが実行の機会を与えたに過ぎないような場合は（機会提供型）、おとりによる働きかけは弱いと考えられるので、おとり捜査の相当性は認めやすい。これに反し、犯罪性向を有しない者に対し、長期間にわたり執拗に働きかけて犯意を抱かせ、犯罪を実行させたような場合には（犯意誘発型）、おとりの働きかけが強烈として、おとり捜査の相当性を欠くことが多くなり、相当性があるおとり捜査が適法とされるのは極めて稀ということになろう。ドイツにおいても、犯罪の嫌疑がなく、かつ当初は犯罪傾斜がなかった者が当局の指示を受けた誘発者によって、国の責めに帰すべき方法で一定の犯罪に誘導した場合は、ヨーロッパ人権協定6条1項1段の公正手続(faires Verfahren)に反するとしている（Pfeiffer, op.cit.Supra S.78）。このように、機会提供型か犯意誘発型かの区別は、訴訟法上の効果を考える視点からは、対象者の側よりもむしろおとり側の誘導ないし慫慂行為の相当性の問題として捉えるべきであろう。

おとり捜査が適法であるためには、必要性和相当性の双方が存在することを要し、結局のところ、適法性判断は両者の兼ね合いで、具体的事案に置いて総合的に判断するということになる。したがって、おとり捜査の必要性が高い事案であれば、例えば執拗に行われた働きかけも、それが対象者の意思の自由を奪うものでなければ、適法ということもあり得る。全く犯罪意思を有しなかった者に対する働きかけが適法とされることは稀であり、まず違法といってよいだろう。

6 正当化されるおとり捜査の種類

本決定は、「少なくとも」と表現し、これ以外のおとり捜査の許容される場合が

あることを示唆している。犯意誘発型においても、必要性・相当性が強い場合、極く例外的ながらも、正当化されることがあり得よう。

V 違法なおとり捜査の効果

冒頭（Ⅱ 1）に取り上げた最高裁決定は、他人の誘惑により犯意を生じまたはこれを強化された者が犯罪を実行した場合において、その他人を教唆犯または幫助犯として責めを負うことがあるのは格別として、犯罪実行者の構成要件該当性または責任性もしくは違法性を阻却し、または公訴提起の手續規定に違反し、もしくは公訴権を消滅させるものではないと表明している。

このような考え方に対しては、批判的な学説も多く、種々の見解が示されている。

A説 公訴提起の手續に瑕疵があるとみて公訴棄却をすべきであるとする見解（田宮裕・刑事訴訟法〈新版〉1996 70頁）

B説 違法な捜査が行われた場合、国は処罰適格を失って実体的訴訟条件が欠如するに至り免訴とすべきであるとする見解（鈴木茂嗣・刑事訴訟法〈改訂版〉1990 63頁）

C説 違法なおとり捜査によって収集された証拠を違法収集証拠として証拠排除すべきであるとする見解（高田卓爾・刑事訴訟法〈2訂版〉1984 340頁、島田仁郎「英国におけるおとり捜査について」司法研修所報56号68頁）

D説 また、実体法的解決を求めるものとして、無罪となるとの見解（田中政義「囹捜査に関する諸問題—判例を中心として」法学新報59巻3号20頁）がある。

違法収集証拠に関する後記最高裁判例に鑑みても、重大な違法を伴うおとり捜査については、将来の違法捜査を防止するため証拠排除があつて然るべきであろう。

A説に対しては、刑事訴訟法338条4号は公訴手續に違法があつた場合をいうのであつて、捜査の違法が必ずしもそれに基づく公訴提起自体の違法としてその効力まで当然に失わせるような極限的な場合は想定できず、また、B説については、刑事訴訟法337条各号に該当する条項がなく、超法規的な免訴まで認めることには問題がある。したがって、C説が妥当と解する。

ちなみに、ドイツにおいては、責任に関係しない量刑事由（schuldunabhängiger Strafzumessungsgrund）として、量刑上被告人に有利に考慮されるに止まるのが一般的である。個々のケースにおける人権および法治国家主義の顧慮から、訴訟障害に当たることがあるとされる（Pfeiffer,op.cit.Supra S.79;Kühne,op.cit.Supra S.276 Fn.62）

が、ごく稀で、おとりによる挑発は、対象者の有罪がおとりの供述のみに依拠しない限り、訴訟障害事由にはならない（BGH NStZ 1999,527）。

本決定は「したがって、本件の捜査を通じて収集された大麻樹脂を始めとする各証拠の証拠能力を肯定した原判断は、正当として是認できる。」と判示しており、おとり捜査が実体法的には影響せず、また公訴棄却や免訴になるわけではないというこれまでの最高裁判例を踏襲しつつも、訴訟法的にはC説のいうように違法なおとり捜査によって得られた証拠は排除され得ることを示唆したものと解される。

いわゆる違法収集証拠の証拠能力については、最高裁昭和53年9月7日判決（刑集32巻6号1672頁）が「証拠物の押収等の手続に、憲法35条及びこれを受けた刑訴法218条1項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる場合においては、その証拠能力は否定されるものと解すべきである。」と判示している。押収手続において令状主義の精神を没却するような場合と同視し得る重大な違法があるおとり捜査から得られた覚せい剤等の証拠は、違法収集証拠として証拠能力を否定されるというべきである。

なお、D説については、強制的な犯意誘発があり、対象者の自発的行為といえないような極端な場合には責任阻却を考慮すべき事態があり得るが、その他のほとんどの場合は、量刑事情として考慮されるに止まる。一般化して、一律無罪とするのは妥当でない。

Ⅵ 参考文献

- ① 大澤 裕「おとり捜査の許容性」平成16年度重要判例解説 190頁
- ② 甲斐行夫「おとり捜査」判例百選〈第8版〉 26頁
- ③ 池田修「おとり捜査の適否」増補令状基本問題上 1996 39頁
- ④ 山上圭子「おとり捜査」新実例刑事訴訟法[1] 1998 5頁
- ⑤ 上田信太郎「おとり捜査」刑事訴訟法の争点[第3版] 2002 84頁